

# VU Research Portal

## Gezichtspunten bij ontslag: verwijtbaarheid, proportionaliteit en continuïteit

Roozendaal, W.L.

### ***published in***

Arbeidsrechtelijke annotaties

2009

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Roozendaal, W. L. (2009). Gezichtspunten bij ontslag: verwijtbaarheid, proportionaliteit en continuïteit. *Arbeidsrechtelijke annotaties*, 8(3), 22-41.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Gezichtspunten bij ontslag: verwijtbaarheid, proportionaliteit en continuïteit

W.L. Roozendaal

## 1 Inleiding

Bij de vraag of een ontslag dan wel een ontslagvergoeding gerechtvaardigd is, kunnen allerlei gezichtspunten worden betrokken, zoals leeftijd, de staat van dienst en de vooruitzichten van de werknemer, zijn persoonlijke omstandigheden, maar ook de aard van het bedrijf of de financiële omstandigheden van de werkgever. Soms worden ‘alle omstandigheden van het geval’ relevant verklaard, zoals bij kennelijk onredelijk ontslag.<sup>1</sup> Soms beveelt de Hoge Raad de toepassing van een aantal gezichtspunten aan, zoals bij ontslag op staande voet,<sup>2</sup> of kan met behulp van gezichtspunten de hoogte van een vergoeding worden berekend, zoals in de kantonrechttersformule bij ontbinding. Niet altijd wordt uitgesproken waarom deze gezichtspunten eigenlijk relevant zijn voor de vraag of ontslag of een ontslagvergoeding in de rede ligt, of waarom ze een rol kunnen spelen bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding. Wat rechtvaardigt dat een bepaald aspect van het geval een rol moet spelen, en andere aspecten niet, of minder? In de literatuur zijn reeds pogingen ondernomen om klaarheid te brengen in de toepassing van bepaalde gezichtspunten in het arbeidsrecht.<sup>3</sup> Daarin blijft de vraag wat de achterliggende rechtvaardiging is voor het hanteren van deze gezichtspunten echter onbesproken. In deze bijdrage wordt betoogd dat de rechtvaardiging van de vele gezichtspunten bij ontslag kan worden samengevat in (ten minste) een drietal toetsen. Dat zijn de verwijtbaarheidstoets, de proportionaliteitstoets en de continuïteitstoets. Bij elke toets zijn diverse gezichtspunten om andere redenen relevant.

In het navolgende wordt eerst een globaal overzicht gegeven van de relevante gezichtspunten bij wet- en regelgeving en jurisprudentie inzake persoonsgebonden ontslag, dat wil zeggen ontslag op staande voet en persoonsgebonden opzegging en ontbinding (paragraaf 2). Daarna wordt toegelicht op welke wijze is gezocht naar de achterliggende rechtvaardiging van het hanteren van die gezichtspunten (paragraaf 3). Die rechtvaardigingen kunnen heel divers uitpakken. Toch kunnen allerlei rechtvaardigingen mijns inziens op een iets hoger abstractieniveau worden ondergebracht bij (ten minste) drie afzonderlijke toetsen. Dit wordt uitgewerkt in paragraaf 4. Vervolgens wordt met behulp van literatuur en jurisprudentie een inschatting gegeven van de rol die elk van die toetsen speelt in de praktijk. Eerst komt daarbij de praktijk van het persoonsgebonden ontslag aan de orde (paragraaf 5).

1 HR 3 december 2004, JAR 2005/30 over kennelijk onredelijk ontslag.

2 O.a. HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643 (Schrijvers/Van Essen) over ontslag op staande voet.

3 J.P. Quist, De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?, ArA 2007/1, p. 4-46; C.J. Loonstra & J.P. Quist, Gezichtspuntencatalogi in het arbeidsrecht: de omstandigheden van het geval geïnventariseerd, ArA 2008/3, p. 4-30.

Vervolgens wordt de vraag gesteld in hoeverre dezelfde toetsen ook een rol spelen bij bedrijfseconomisch ontslag (paragraaf 6) en bij de begroting van de ontslagvergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag en bij de ontbinding (paragraaf 7).

De insteek van dit artikel is niet om een limitatieve opsomming te geven van rechtvaardigheidsbeginselen die het ontslagrecht exclusief zouden beheersen. Het is een poging om via de analyse van gezichtspunten rechtvaardigheidsbeginselen te traceren die kennelijk in de praktijk veel gehanteerd worden. Toch kunnen uit deze exercitie mijns inziens al enige conclusies worden getrokken over bijvoorbeeld de grondslag van ontslagvergoedingen, zoals zal blijken in de afsluitende paragrafen 8 en 9.

## 2 Multidimensionale ontslagtoets bij persoonsgebonden ontslag

Bij persoonsgebonden ontslag is er doorgaans een tekortkoming van de werknemer die het ontslag in de ogen van de werkgever rechtvaardigt. Een enkele tekortkoming is echter meestal niet voldoende voor de conclusie dat de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs kan of kon eindigen. Er worden door de rechter of het UWV nog veel meer gezichtspunten in betrokken.<sup>4</sup> Het onderzoek naar de 'iusta causa' bij ontslag is, met andere woorden, 'multidimensionaal'.

De relevante dimensies zien lang niet allemaal op de tekortkoming zelf. Bij de beoordeling van de geldigheid van een ontslag op staande voet bijvoorbeeld, moet de rechter behalve de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt gezichtspunten bij zijn beoordeling betrekken zoals de aard en duur van de dienstbetrekking, de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, en de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, waaronder zijn leeftijd.<sup>5</sup> Ook bij de beoordeling of een ontslagvergunning moet worden verleend, zijn er 'multidimensionale' afwegingen. Bij bijvoorbeeld verwijtbaar handelen neemt het UWV aspecten als de duur van het dienstverband en de leeftijd van de werknemer in aanmerking.<sup>6</sup> Bij de ontslaggrond disfunctioneren worden de oorzaak en de mogelijke oplossing daarvoor onderzocht, plus de vraag of de werkgever voldoende heeft gedaan om het functioneren te verbeteren.<sup>7</sup> Bij de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is in de zin van artikel 7:681 BW, dient de rechter voorts alle omstandigheden van het geval te betrekken.<sup>8</sup> Factoren die bij de toepassing van artikel 7:681 lid 2 sub b BW worden betrokken in de rechtspraak, zijn onder andere de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer, zijn vooruitzichten, de hoogte van het salaris, de financiële toestand van de werkgever en de redenen

4 Behalve de hierna te bespreken gezichtspunten valt te wijzen op 'processuele' vereisten, zoals onverwijld ontslag bij art. 7:677 BW. Deze blijven verder onbesproken.

5 O.a. HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643 (Schrijvers/Van Essen). Vgl. Quist 2007.

6 Beleidsregels Ontslagtaak, p. 31-3.

7 Beleidsregels Ontslagtaak, p. 30-4.

8 Zie o.a. HR 3 december 2004, JAR 2005/30.

voor en bijzonderheden rond het ontslag.<sup>9</sup> Ook bij ontbinding kunnen vele verschillende aspecten een rol spelen, zoals verwijtbaarheid van de werknemer of de werkgever, leeftijd en staat van dienst van de werknemer, en de vraag of passende arbeid voorhanden is.<sup>10</sup> In recent onderzoek naar een steekproef van kennelijk onredelijk ontslaguitspraken en ontbindingsbeschikkingen in opdracht van SZW zijn veelvoorkomende gezichtspunten geturfd. Dat waren: het gedrag van de werknemer, waaronder het functioneren en het zich houden aan bedrijfsregels; het gedrag van de werkgever, waaronder de communicatie en de begeleiding of reïntegratie; de omstandigheden van de werknemer, waaronder diens financiële positie en arbeidsmarktpositie; en de financiële situatie van de werkgever.<sup>11</sup>

Duidelijk is derhalve dat vele gezichtspunten een rol kunnen spelen bij persoonsgebonden ontslag. Dit is een opvallend verschil met het algemene verbintenissenrecht. Daarin is een tekortkoming van de wederpartij namelijk doorgaans voldoende om de overeenkomst te kunnen ontbinden (artikel 6:265 BW).<sup>12</sup> Enigszins gechoerd gesteld, is bij ontbinding wegens een tekortkoming maar één vraag relevant: heeft de wederpartij gedaan wat was afgesproken, of niet? Het verschil tussen de veelheid aan gezichtspunten bij arbeidsrechtelijk ontslag en de eendimensionale vraag naar een tekortkoming in het algemene verbintenissenrecht vormt mijns inziens een uitdrukking van de toepassing van verschillende achterliggende rechtvaardigheidsbeginselen in die beide rechtsgebieden. Het verband tussen gezichtspunten en rechtvaardigheidsbeginselen wordt toegelicht in de volgende paragraaf.

### 3 Gezichtspunten en rechtvaardigheidsbeginselen

In de vorige paragraaf is gebleken dat vele gezichtspunten een rol kunnen spelen bij persoonsgebonden ontslag, en in het algemene verbintenissenrecht maar één. Dat is volgens mij het gevolg van een verschil in toepasselijke rechtsbeginselen.

Het arbeidsrechtelijke ontslag kent zoals bekend veel open normen. De wet en de regelgeving spreken van ‘kennelijke onredelijkheid’ (artikel 7:681 BW), ‘gewichtige reden’ (artikel 7:685 BW) of ‘een redelijk ontslag’ (artikel 3:1 Ontslagbesluit). Bij het maken of nader invullen van deze regels laat zowel wetgever als rechter zich naar veronderstelling inspireren door één of meerdere rechtvaardigheidsbeginselen. Rechtvaardigheidsbeginselen dienen er systematisch gezien voor om degene die benadeeld wordt door een bepaalde rechtsregel ervan te overtuigen dat de

9 W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2008 (hierna: Van der Grinten), p. 423-424.

10 Vgl. Scholtens over de redenen van weigering van ontbinding: C.G. Scholtens, De gewichtige reden van art. 7:685 BW; bedoeling en werkelijkheid (1), AR 2001/6/7, p. 3-11, en (2), AR 2001/8/9, p. 53-67.

11 M. von Bergh e.a., Ontslagzaken via de kantonrechter, Tilburg: IVA september 2009, p. 26 en p. 43-44.

12 Weliswaar dient de tekortkoming de ontbinding te rechtvaardigen (art. 6:265 lid 1 BW), maar aan deze restrictie wordt een zeer beperkte toepassing gegeven. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005; o.a. HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 m.nt. JMBV (Mol/Meijer Beheer BV).

rechtsregel toch rechtvaardig is, omdat de uitkomst ervan correspondeert met een algemeen maatschappelijk belang of ethisch hoger doel.<sup>13</sup> In de praktijk worden de gebruikte rechtvaardigheidsbeginselen niet altijd benoemd. De wetgever geeft in de toelichting op voorstellen meestal wel een rechtsgrond of ratio voor een bepaalde regel. De Nederlandse rechter doet dit echter niet systematisch, ook niet bij ingrijpende beslissingen.<sup>14</sup> Wie de rechtspraak bestudeert, kan echter proberen om daaruit toch een beginsel te destilleren, bijvoorbeeld door te bedenken waarom in een bepaalde vuistregel een betrokken belang kennelijk prevaleert boven een ander belang. Welk maatschappelijk belang of ethisch hoger doel kan rechtvaardigen dat de rechter tot een specifieke uitkomst of vuistregel kwam? Het resultaat van deze analyse zal noodgedwongen speculatief zijn, maar daarom niet minder interessant. In het geval van gezichtspunten is deze analyse zelfs noodzakelijk. Wie een gezichtspunt toe moet passen, moet weten hoe. Dat kan alleen als bekend is waarom dat gezichtspunt relevant is.

Het beginsel van contractstrouw staat uiteraard centraal in het algemene verbintenissenrecht, en dat geldt ook voor de toepassing van artikel 6:265 BW. Uit het ontbreken van een verwijzing naar het contract in de bepalingen inzake het arbeidsrechtelijke ontslag valt in ieder geval af te lezen dat dit in het arbeidsrecht niet het geval is. Maar welk belang of beginsel dan wel? Wanneer mag de overeenkomst eindigen, en vooral, waarom? Wanneer is een ontslagvergoeding op haar plaats, en welke beginselen moeten daarin tot uitdrukking komen? Een antwoord op deze vraag kan ten eerste worden gezocht in de uitlatingen van de wetgever en Hoge Raad over deze kwestie, of in de systematiek van bijvoorbeeld Boek 6 en Boek 7 BW. Deze bronnen zijn al in veel studies geïnventariseerd.<sup>15</sup> Het kan ten tweede echter worden afgeleid uit de gezichtspunten die relevant worden gevonden door rechters of het UWV. Een synthese tussen deze twee methodes kan interessante resultaten opleveren. Voor deze bijdrage beperk ik mij echter tot de, voor zover ik weet, nog niet eerder geëxploreerde route van de gezichtspunten. Vandaar dat deze bijdrage geen weergave bevat van de discussie over de ratio van ontslag of ontslagvergoedingen in de literatuur, behalve voor zover wordt aangeknoopt bij gezichtspunten.

Hoe zoekt men naar beginselen achter gezichtspunten? Voorafgaand wil ik eerst opmerken dat de ingesloten frase dat ‘alle omstandigheden van het geval’ relevant zijn, nooit letterlijk kan worden genomen. Er zijn talloze omstandigheden te beden-

13 Het ontbreken van een rechtvaardiging voor een bepaalde belangenafweging maakt een rechtsregel of beslissing problematisch, omdat die afweging dan kennelijk op grond van een onrechtvaardig beginsel is gemaakt, bijvoorbeeld op grond van nepotisme, of zelfs zonder rechtvaardiging, hetgeen neerkomt op willekeur. Met die mogelijkheden houd ik geen rekening.

14 Een dergelijke rechtvaardiging was er bijvoorbeeld niet in de arresten HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767 (Van der Lely/Taxi Hofman) en HR 11 juli 2008, JAR 2008/204 (Stoof/Mammoet). Soms doet de Hoge Raad het wel, zie bijv. HR 7 mei 1976, NJ 1977, 55 m.nt. Scholten (Wielemaker/De Schelde) en HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 (Van Haaren/Cehave).

15 Met name over de grondslag van vergoedingen. Zie bijv. A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2009; W.H.A.C.M. Bouwens, *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008 en G.C. Boot, *Ontslagvergoedingen: grondslag, vormen en toekomst*, SMA 1999, p. 406-417.

ken die zelden of nooit relevant zijn, zoals de leeftijd van de werkgever of de lievelingskleur van de werknemer. Het zal steeds slechts een *selectie* van omstandigheden in een gegeven geval zijn, die relevant is. Soms geeft de Hoge Raad zich rekenschap van dit gegeven door een aantal gezichtspunten op te sommen die kennelijk relevanter zijn dan andere. Kenmerkend aan deze gezichtspuntenrechtspraak is echter dat de Hoge Raad nooit aangeeft wat de selectiecriteria zijn. Dat is wellicht een soort impliciete kennis die verondersteld wordt aanwezig te zijn. Die kennis poog ik hier expliciet te maken. De selectiecriteria kunnen we zoeken door, met inachtneming van de kennis van het arbeidsrechtelijke systeem, in te vullen waarom een bepaald gezichtspunt relevant kan zijn. Daarna kan worden doorgevraagd totdat een bepaald bevredigend abstractieniveau is bereikt.

Ik geef twee voorbeelden van een dergelijke exercitie. Ten eerste het veel genoemde gezichtspunt leeftijd. De leeftijd van de werknemer is relevant omdat we verwachten dat deze invloed heeft op de arbeidsmarktpositie. De arbeidsmarktpositie is relevant omdat een slechte arbeidsmarktpositie een ontslag ingrijpender maakt. De ingrijpendheid van het ontslag is relevant omdat daarmee het belang van de werknemer bij het behoud van zijn baan kan worden uitgedrukt. Het belang van de werknemer bij het behoud van zijn baan is relevant omdat dat moet worden afgewogen tegen het belang van de werkgever bij het ontslag. Een conflict over het einde van een arbeidsovereenkomst kan derhalve worden beoordeeld met behulp van een belangenafweging. Die afweging kan worden benoemd als een proportionaliteitstoets.

Als tweede voorbeeld geef ik het gezichtspunt persoonlijke omstandigheden.<sup>16</sup> Persoonlijke omstandigheden kunnen uiteraard een rol spelen bij de ingrijpendheid van een ontslag. Moeilijke gezinsomstandigheden of een persoonlijke kredietcrisis kunnen maken dat een ontslag extra hard aankomt. Persoonlijke omstandigheden kunnen echter ook een rol spelen in een ander soort afweging, namelijk bij de vraag waarom een werknemer bepaald gedrag heeft vertoond of nagelaten. Persoonlijke omstandigheden kunnen de werknemer soms voor dat gedrag disculperen of als verzachtende omstandigheid meewegen. Het ontbreken van schuld in de zin van verwijtbaarheid aan een tekortkoming kan derhalve relevant zijn bij ontslag. Die beoordeling kan worden benoemd als een verwijtbaarheidstoets.

Ik zal deze exercitie niet één voor één uitspellen voor alle denkbare gezichtspunten die in het ontslagrecht voorkomen. In plaats daarvan heb ik de gezichtspunten in het navolgende gegroepeerd rondom drie toetsen. Ieder voor zich kan nagaan of het aannemelijk is dat de volgens mij daaronder te brengen gezichtspunten inderdaad relevant zijn om de reden die ik noem. Het is niet uitgesloten dat andere gedachten daarover eveneens valide zijn en tot andere toetsen leiden. Mijn bedoeling is dan ook zoals vermeld niet om een limitatieve opsomming te geven van toetsen die het ontslagrecht zouden beheersen. Zolang de wet niet verandert, zijn de normen immers open en is afwijking altijd mogelijk. De drie toetsen geven volgens mij echter

16 Zie ook mijn artikel Persoonlijke omstandigheden en ontslag, in: M.S. Houwerzijl & S.S.M. Peters, Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking, Deventer: Kluwer 2009, p. 203-219.

wel de belangrijkste overwegingen aan op grond waarvan de redelijkheid van een ontslag of een ontslagvergoeding thans impliciet wordt beoordeeld.

#### 4.1 *Aanleiding voor het persoonsgebonden ontslag*

De eerste categorie van gezichtspunten die van belang zijn bij persoonsgebonden ontslag, wordt gevormd door de gezichtspunten die te maken hebben met het incident of de reeks van incidenten die voor de werkgever de grondslag vormen voor zijn wens de werknemer te ontslaan. Een groot aandeel van de rechtsstrijd bestaat uit het aanvoeren van stellingen en bewijzen met betrekking tot het gedrag van de werknemer. Wat is de kern van deze rechtsstrijd? Gaat het om een tekortkoming in de nakoming of komt er meer bij kijken?

Gezichtspunten die hierbij aan de orde kunnen komen, zijn bijvoorbeeld het belang van de overtreden regel en de vraag of van de werknemer verwacht kon worden dat hij zich aan de regel hield. Dit kan worden beoordeeld in het licht van bijvoorbeeld de aard van het bedrijf, de functie van de werknemer, en omstandigheden als de kenbaarheid van het beleid van de werkgever of de vraag of de werknemer gewaarschuwd is.<sup>17</sup> Daarnaast is de vraag waarom de werknemer zich zo heeft gedragen van belang. Voor de verklaring of rechtvaardiging van het gedrag van de werknemer kunnen persoonlijke kenmerken relevant zijn, zoals opleidingsniveau, werkervaring en karakter. Ook persoonlijke omstandigheden kunnen een rol spelen. Die kunnen zelfs een tekortkoming rechtvaardigen. Rechtvaardigingsgronden voor verzuim zijn bijvoorbeeld ziekte,<sup>18</sup> zorgtaken<sup>19</sup> en zelfs (onder omstandigheden) detentie.<sup>20</sup> Een voorbeeld van een rechtvaardigingsgrond voor wangedrag is psychische verwarring door persoonlijke omstandigheden.<sup>21</sup>

Bij de beoordeling van een persoonsgebonden ontslag is kortom van belang wat de werknemer precies verweten wordt en wat de ernst ervan is. Voor deze toets wordt niet alleen aangeknoopt bij objectieve elementen zoals de nakoming van het contract of de redelijkheid van een opdracht, maar ook bij het subjectieve element van de goede trouw van de werknemer. Was er sprake van opzet of nalatigheid, of waren er verzachtende omstandigheden of zelfs rechtvaardigingsgronden voor zijn gedrag? Deze invalshoek kan worden benoemd als de verwijtbaarheidstoets.

17 Zie voor de waarschuwing o.a. art. 7:678 lid 2 sub c, g, h en j BW.

18 Ook buiten het opzegverbod is ziekteverzuim niet zonder meer reden voor ontslag, zie art. 5:2 Ontslagbesluit.

19 Het UWV geeft als voorbeeld van een rechtvaardigingsgrond voor het weigeren van invalwerk op een andere locatie, de wens van de werknemster om tijdens de lunch haar kinderen thuis op te vangen (Beleidsregels Ontslagtaak, p. 31-4). Vgl. ook de jurisprudentie genoemd in mijn artikel *The times they are a-changin' – wijziging van arbeidstijden en het belang van de werknemer*, SMA 2007/2, p. 45-58.

20 Zie B.P. van Luyn & J.M. van Poelgeest, *Einde van de arbeidsovereenkomst wegens detentie*, AR 2005/12, p. 28-34.

21 Bijv. Ktr. 24 juli 2002, JAR 2002/190 (tijdelijk onbereikbaar na diagnose keelkanker) en Ktr. Utrecht 17 september 2008, JAR 2008/286 (onbereikbaarheid, psychische verwarring). Als het wangedrag voldoende ernstig was, kan het ontbreken van verwijtbaarheid de werknemer echter niet baten, zie par. 4.3.



Is deze toets bijzonder? Het zoeken naar een tekortkoming komt uiteraard ook buiten het arbeidsrecht voor. Het staat immers juist centraal in bijvoorbeeld het algemene verbintenissenrecht. Het zoeken naar een rechtvaardiging voor verzuim of wangedrag kan voorts worden gezien als het equivalent van de rol van verhinderende wegens overmacht in het algemene verbintenissenrecht. Van overmacht kan onder andere sprake zijn als nakoming fysiek wel mogelijk is, maar te bezwaarlijk is geworden.<sup>22</sup> In die zin is deze toets niet bijzonder te noemen. Een verschil is echter dat bij overmacht de overeenkomst kan worden ontbonden.<sup>23</sup> Bij een gerechtvaardigde tekortkoming in het arbeidsrecht is beëindiging van de arbeidsovereenkomst juist niet zonder meer mogelijk. Daarvoor moet aan extra voorwaarden worden voldaan.<sup>24</sup> Hoe de verwijtbaarheidstoets uitpakt in de praktijk, wordt uitgewerkt in paragraaf 5.

#### 4.2 *Afweging van twee grootheden*

De tweede categorie van gezichtspunten bestaat uit de gezichtspunten die van belang zijn omdat ze ergens tegen moeten worden afgewogen. Die afweging kan allerlei grootheden betreffen.

Een eerste voorbeeld betreft de gezichtspunten duur van het dienstverband en de staat van dienst.<sup>25</sup> Waarom kunnen die gezichtspunten relevant zijn bij persoonsgebonden ontslag? Ze zullen dat niet op zichzelf zijn. De vraag of een werknemer die iets verweten wordt, kan worden ontslagen, kan niet worden beantwoord enkel door zijn anciënniteit of staat van dienst tot dan toe vast te stellen. Die factoren moeten ergens tegen worden afgewogen. Bij persoonsgebonden ontslag worden ze afgewogen tegen de ernst van de tekortkoming van de werknemer. Kennelijk kan voor de rechtvaardiging van een ontslag van belang zijn in hoeverre een 'krediet' is opgebouwd van langdurig onberispelijk functioneren, waartegen een incidentele tekortkoming in het niet kan vallen.

Een tweede voorbeeld van gezichtspunten die ergens tegen moeten worden afgewogen, bestaat in verwijten aan de werkgever. De werkgever kan bijvoorbeeld zorgvuldigheidsplichten hebben geschonden, zoals tijdig waarschuwen of het toepassen van hoor en wederhoor. Of hij had de werknemer beter moeten reïntegreren of begeleiden toen het zichtbaar slecht met hem ging.<sup>26</sup> Ook deze gezichtspunten zijn uiteraard niet op zichzelf relevant voor de vraag of ontslag in de rede ligt. Ze moeten wederom worden afgewogen tegen de ernst van de tekortkoming van de werknemer. Kennelijk kan voor de rechtvaardiging van een ontslag van belang zijn of er over en

22 Asser-Hartkamp I, nr. 321; Parl. Gesch. Boek 6, p. 264.

23 Ook in geval van overmacht kan worden ontbonden, al heeft de ontbindende partij geen recht op schadevergoeding (art. 6:265 en 277 lid 2 BW). J.H. Nieuwenhuis, Vernietigen, ontbinden of aanpassen (I), WPNR 95/6164, p. 25, en deel II, WPNR 95/6165, p. 37-41.

24 Die voorwaarden komen terug in de continuïteitstoets, zie par. 4.3.

25 Term ontleend aan Scholtens 2001, 2.

26 Bijv. Hof Amsterdam 20 december 2007, JAR 2008/180 (verzuim zonder bericht, werkgever verzaakte reïntegratieverplichtingen). Volgens Von Bergh e.a. 2009, zijn belangrijke verwijten aan de werkgever bij ontbindingszaken, tekortschietende communicatie, te weinig reïntegratie-inspanningen of begeleiding van de werknemer of het zoeken naar andere arbeid (p. 26).



weer verwijten zijn te maken die tegen elkaar weg kunnen vallen. Door deze toets functioneert ontslagbescherming feitelijk als handhavinginstrument voor werkgeversverplichtingen tijdens het dienstverband.

Een derde voorbeeld betreft gezichtspunten waarmee het belang van de werknemer bij het behoud van zijn baan kan worden uitgedrukt. Dat belang kan onder andere worden vastgesteld door onderzoek naar de gevolgen van het ontslag voor hem. Een relatief slechte arbeidsmarktpositie maakt het ontslag zoals vermeld ingrijpender. Dimensies als leeftijd, gezondheid en werkervaring van de werknemer kunnen relevant zijn omdat ze invloed hebben op de arbeidsmarktpositie. Voorts kan het verlies van loopbaanvooruitzichten het ontslag ingrijpender maken, evenals bijzondere financiële of gezinsomstandigheden, zoals weinig spaargeld, een hoge hypotheek of alleenstaand ouderschap.<sup>27</sup> Ook een lang dienstverband maakt een ontslag ingrijpender. Naarmate een werknemer langer in dienst is, zal zijn leven in mentaal, sociaal, financieel en carriëritechnisch opzicht immers steeds sterker op de organisatie van zijn werkgever zijn afgestemd, zodat een ontslag steeds pijnlijker wordt.<sup>28</sup> Al deze gezichtspunten spelen een rol in een afweging. Tegenover de belangen van de werknemer bij het behoud van zijn baan staan de belangen van de werkgever bij het ontslag.<sup>29</sup> De belangen van de werkgever bij persoonsgebonden ontslag kunnen onder andere worden vastgesteld door te kijken hoe verwijtbaar de tekortkoming van de werknemer was (zie ook paragraaf 4.1) en hoe belastend het mede in dat licht zou zijn de werknemer in dienst te houden (zie ook paragraaf 4.3).

Een laatste voorbeeld is de afweging van 'risicosferen'. Deze aanduiding wordt onder andere in de kantonrechtersformule gebruikt (Aanbeveling 3.4). Wat daarmee precies wordt bedoeld, wordt niet uitgewerkt. Vermoedelijk gaat het om een billijkheidsoordeel over de vraag aan wie de oorzaak van de ontbinding kan worden toegerekend, gelet op onder andere de mate van schuld aan of zeggenschap over de omstandigheden die tot het ontbindingsverzoek hebben geleid, van zowel de werkgever als de werknemer. Schuld en zeggenschap van de werknemer worden daarbij kennelijk afgewogen tegen schuld en zeggenschap van de werkgever.

De verschillende afwegingen tussen twee grootheden hebben elk hun eigen ratio. Overkoepelend kunnen ze mijns inziens worden samengevat als proportionaliteitstoets. Het prototype proportionaliteitstoets, zoals die bijvoorbeeld voorkomt bij de toetsing van inbreuken op grondrechten, is die van de belangenafweging.<sup>30</sup> De andere afwegingen tussen twee grootheden geven mijns inziens eveneens uitdruk-

27 HR 1 december 1978, NJ 1979, 185 (geen spaargeld), Ktr. Lelystad 17 juli 2002, JAR 2002/194 (hoge hypotheek) en HR 14 september 2007, RvdW 2007/763 (alleenstaande moeder).

28 Het meewegen van anciënniteit wordt ook wel benoemd als het belonen van trouwe dienst. Vgl. o.a. Baris 2009 par. 4.8. Ook dan gaat het mijns inziens om een afweging, namelijk tussen het gewicht van het recht op beloning voor trouwe dienst en het belang bij het ontslag van de werkgever.

29 Het duidelijkste voorbeeld van deze afweging is uiteraard art. 7:681 lid 2 sub b BW. Zie voor het meewegen van de gevolgen van het ontslag ook de rol van persoonlijke omstandigheden bij ontslag op staande voet, HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643 (Schrijvers/Van Essen).

30 J. Gerards, Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 13.

king aan de gedachte dat de zwaarte van de ontslaggrond proportioneel moet zijn aan het ontslag. Het proportionaliteitsbeginsel is een bijzonder beginsel bij persoonsgebonden ontslag in het arbeidsrecht als men het vergelijkt met het algemene verbintenissenrecht. In dat laatste rechtsgebied wordt bij de ontbinding wegens een tekortkoming namelijk niet of nauwelijks getoetst aan het proportionaliteitsbeginsel.<sup>31</sup>

#### 4.3 *Maatschappelijke realiteit*

Een groot aantal gezichtspunten blijkt te kunnen worden ondergebracht bij de verwijtbaarheidstoets en de proportionaliteitstoets. Er blijft een categorie van omstandigheden over die niet of niet helemaal bij die afwegingen passen en wel een rol spelen bij de vraag of ontslag, of een ontslagvergoeding, in de rede ligt. Kenmerkend voor een aantal van die gezichtspunten is dat ze aanknopen bij de ‘maatschappelijke realiteit’ in plaats van bij juridische factoren zoals het contract, de instructie of een belangenafweging.

Zo kan de feitelijke verstoring van de arbeidsrelatie van belang zijn. Dit kan op zichzelf beziende voldoende grond vormen voor ontslag, ongeacht de uitkomst van een verwijtbaarheidstoets of proportionaliteitstoets. Een duidelijk voorbeeld daarvan waren de pro-forma-ontbindingsverzoeken, waarbij de door partijen aangevoerde verstoorde arbeidsrelatie meestal zonder meer tot ontbinding leidde.<sup>32</sup> Ook kan ontslag op staande voet in de rede liggen ondanks het ontbreken van verwijtbaarheid, bijvoorbeeld bij psychische stoornissen van de werknemer die weliswaar niet verwijtbaar zijn, maar wel zeer hinderlijk.<sup>33</sup> Het wordt kennelijk gerechtvaardigd gevonden om de overeenkomst te beëindigen als het niet realistisch is om te verwachten dat partijen nog succesvol met elkaar kunnen samenwerken, ook al valt de werknemer weinig of niets te verwijten. Als partijen ‘niet meer door één deur kunnen’, moet de relatie beëindigd kunnen worden, net als in bijvoorbeeld het hedendaagse echtscheidingsrecht.

Anderzijds heeft de vraag of er nog (andere) passende arbeid aanwezig is, een bijzonder gewicht in het arbeidsrechtelijk ontslagrecht. De werknemer kan verplicht zijn passende arbeid te aanvaarden, ook al is die verplichting nooit overeengekomen.<sup>34</sup> De werkgever kan verplicht zijn de arbeidsorganisatie aan de tekortko-

31 M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming. De remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, par. 12.12, constateert dat het proportionaliteitsbeginsel slechts een vangnetfunctie vervult bij wanprestatie voor zeer zeldzame gevallen.

32 Zie R.L. van Heusden, *Beëindigingsovereenkomsten en het recht op WW-uitkering* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2006, p. 241. Von Bergh e.a. 2009, rapporteert in 41% van de toegewezen ontbindingszaken factoren waardoor de relatie niet kan worden voortgezet zonder dat dit aan een van beide partijen wordt toegerekend (p. 26).

33 Bijv. HR 3 maart 1989, NJ 1989, 549 (NS/Choaibi, gooien van stoel) en Hof Amsterdam 4 maart 2004, JAR 2004/203 (stalking leidinggevende).

34 Zie bijv. HR 28 april 2000, JAR 2000/120 (k.o.o., demotie na disfunctioneren).

ming van de werknemer aan te passen<sup>35</sup> of de werknemer te begeleiden teneinde zijn disfunctioneren te verbeteren.<sup>36</sup> Ook dit gezichtspunt houdt geen verband met hetgeen partijen op grond van hun afspraken van elkaar konden verwachten. Het kan kennelijk ook ongerechtvaardigd worden gevonden om de overeenkomst te beëindigen omdat het juist wel realistisch wordt gevonden dat partijen nog met elkaar samenwerken, ook al wijkt die samenwerking af van de overeenkomst.

De kernvraag die bij de toepassing van deze gezichtspunten kennelijk van belang is, is of samenwerking in de toekomst nog mogelijk is. Met andere woorden, kan van de werkgever gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren? Het antwoord op deze vraag kan van twee kanten worden benaderd. De enkele 'subjectieve' bewering van de werkgever dat de mogelijkheid tot voortzetting van de arbeidsovereenkomst ontbreekt, kan enerzijds voldoende worden gevonden. De rechtvaardiging van deze marginale invulling van de toets kan op allerlei gronden berusten: bijvoorbeeld op opvattingen over de voorwaarden voor succesvolle samenwerking tussen mensen, of op opvattingen over de efficiënte inrichting van een onderneming of van de economie als geheel.

Anderzijds kan de toets juist min of meer geobjectiveerd worden, omdat het wenselijk wordt gevonden dat partijen hun best doen om de relatie toch voort te zetten. In plaats van af te gaan op de bewering van de werkgever dat voortzetting niet mogelijk is, moet hij daarom bewijzen of aannemelijk maken dat er geen alternatieven zijn. De rechtvaardiging hiervan kan berusten op de grond dat het algemeen belang of de economie juist gediend is bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst, omdat daarmee werkloosheid wordt voorkomen. Omdat het UWV mede de algemene belangen dient, zal het UWV de vraag of de arbeidsovereenkomst kan worden voortgezet, vermoedelijk vaker proberen te objectiveren dan bijvoorbeeld de ontbindingsrechter.

De vraag of van de werkgever gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst al dan niet op aangepaste wijze te laten voortduren, zal hierna worden aangemerkt als de continuïteitstoets. Ook deze toets is bijzonder voor het arbeidsrecht, in die zin dat hij niet voorkomt bij de ontbinding wegens wanprestatie. Aan de subjectieve toepassing van de continuïteitstoets zal in het algemene verbintenissenrecht bij de ontbinding wegens wanprestatie weinig behoefte zijn vanwege de regel dat ook een (geringe) tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt. De geobjectiveerde continuïteitstoets maakt het mogelijk dat partijen iets anders moeten doen dan het contract voorschrijft, in casu om ontslag te voorkomen. Deze relativering van de overeenkomst is een oude bekende in het arbeidsrecht en wijkt zoals bekend af van het

35 Bij ziekte (zie art. 7:658a BW en art. 5:2 Ontslagbesluit), maar ook bij disfunctioneren (Beleidsregels Ontslagtaak, p. 33-9). Zie bijv. HR 3 oktober 2008, JAR 2008/278 (ziekte) en HR 30 mei 2008, JAR 2008/167 (na ziekte). Buiten ziekte bijv. bij verslaving, vgl. Ktr. Sittard-Geleen 16 oktober 2003, JAR 2003/271 (alcoholverslaving, geen ziekte) en Ktr. Haarlem 3 april 2003, JAR 2003/117 (pornoverslaving).

36 Vgl. Ktr. Wageningen 8 november 2006, JAR 2007/11 (onvoldoende correctie van belediging meerdere). Vgl. K.P.D. Vermeulen, Het poortwachtermodel als stramien bij disfunctioneren, Arbeids-Recht 2004, 25.

beginsel van contractstrouw in het algemene verbintenissenrecht.<sup>37</sup> Toch is dit beginsel ook buiten het arbeidsrecht wel te vinden, namelijk in de grondrechtelijke toets aan het subsidiariteitsbeginsel. Dat beginsel houdt in dat gekeken moet worden of er alternatieven zijn voor de gewraakte handelwijze die minder belastend zijn.<sup>38</sup>

## 5 Persoonsgebonden ontslag in de praktijk

Duidelijk is nu welke drie toetsen mijns inziens een rol spelen bij ontslag. Mogelijk zijn er nog andere relevante gezichtspunten die hun rechtvaardiging vinden in andere beginselen. Voorlopig ga ik echter uit van deze drie toetsen. Nu kan een inschatting gemaakt worden van hun rol in de praktijk bij toetsing van ontslag op staande voet, opzegging met gebruikmaking van de BBA-procedure en ontbinding.<sup>39</sup> Alle drie de toetsen kunnen bij deze beëindigingswijzen in onderlinge samenhang worden toegepast. Er zijn waarschijnlijk weinig voorbeelden van beslissingen van rechter of UWV waarin maar één toets regeert. Toch hebben de toetsen in de praktijk niet altijd hetzelfde gewicht. Een kanttekening is hier op haar plaats. Om vast te stellen wat het gewicht van de toetsen bij beslissingen van het UWV of de rechter precies is, zou het noodzakelijk zijn om een representatief aandeel van die beslissingen te bestuderen op dit punt. Dat heb ik niet gedaan. In plaats daarvan baseer ik mij op onderzoeken van anderen, die deze vraag uiteraard niet met de invalshoek van dit artikel hebben bestudeerd.

De verwijtbaarheidstoets staat centraal bij ontslag op staande voet. Vanwege de ingrijpende gevolgen van een rechtsgeldig ontslag op staande voet moet immers in beginsel een relatief ernstig verwijt aan de werknemer gemaakt kunnen worden. Uit de voorbeelden in artikel 7:678 lid 2 BW blijkt al dat voortzetting meestal niet gevegd kan worden vanwege de verwijtbaarheid van daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer. De proportionaliteitstoets en de continuïteitstoets kunnen de 'verwijtbaarheidseis' uiteraard versterken. Als de verwijtbaarheid gering is, is het ontslag immers eerder disproportioneel en kan de voortzetting van de overeenkomst sneller worden gevegd.<sup>40</sup> In bijzondere gevallen kunnen de proportionaliteitstoets en de continuïteitstoets de resultaten van de verwijtbaarheidstoets echter zelfs opzijzetten. Als de werknemer een ernstig verwijt kan worden gemaakt, kan het ontslag immers toch ongeldig zijn wegens de uitkomst van de proportionaliteitstoets.<sup>41</sup> Anderzijds kan ook als de tekortkoming gerechtvaardigd is, het ontslag toch geldig zijn, omdat voortzetting van de overeenkomst niet van

37 Vgl. A. Jacobs & W. Roozendaal, De spanning van de contractsband in het arbeidsrecht, SMA 2008/10.

38 Gerards 2006, p. 14.

39 Kennelijk onredelijk ontslag wordt behandeld in par. 4 (ontslagvergoedingen), omdat herstel van de arbeidsrelatie op grond van art. 7:682 BW zelden voorkomt en de toetsing van het ontslag dus voornamelijk in het teken staat van het al dan niet toekennen van een vergoeding.

40 Zie bijv. HR 21 januari 2000, JAR 2001/45 (Hema/P. I) (meenemen flesje motorolie op laatste werkdag).

41 Vgl. HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643 (Schrijvers/Van Essen).

de werkgever te vergen valt.<sup>42</sup> Mijns inziens moeten beide mogelijkheden van het opzijzetten van de verwijtbaarheidseis bij ontslag op staande voet als een uitzondering worden gezien.<sup>43</sup>

In het kader van de ontslagvergunningsprocedure is de geobjectiveerde continuïteitstoets een belangrijke toets. Het UWV zoekt bij verschillende persoonsgebonden ontslaggronden actief naar mogelijkheden om het dienstverband voort te zetten,<sup>44</sup> vermoedelijk vanwege zijn rol als poortwachter voor de collectieve voorzieningen bij werkloosheid of arbeidsongeschiktheid. Bij ontslag wegens verwijtbaar handelen wordt daarbij ook nagegaan of het ontslag door de werkgever wordt aangevraagd als ‘ultimum remedium’. De andere twee toetsen spelen een minder prominente rol. Zo wordt de schuldvraag soms expliciet irrelevant verklaard.<sup>45</sup> De toepassing van de proportionaliteitstoets is wel mogelijk op grond van de algemene redelijkheidstoets van artikel 3 Ontslagbesluit. In de beleidsregels is deze toets echter nauwelijks aanwezig.<sup>46</sup>

Bij persoonsgebonden ontbinding zou de continuïteitstoets in de praktijk ook wel eens de belangrijkste kunnen zijn. Er is grond voor het vermoeden dat kantonrechters meestal uitgaan van de onmogelijkheid het vertrouwen tussen partijen te herstellen als de werkgever eenmaal een ontbindingsverzoek heeft gedaan.<sup>47</sup> Uit recent onderzoek kan worden opgemaakt dat de verwijtbaarheidstoets wel een rol speelt. Het ontbreken van verwijtbaarheid is vermoedelijk vaak de oorzaak van weigering

42 Vgl. HR 3 maart 1989, NJ 1989, 549 (NS/Choaibi, gooien van stoel) en Hof Amsterdam 4 maart 2004, JAR 2004/203 (stalking leidinggevende).

43 De proportionaliteitstoets leidt vermoedelijk iets vaker dan de continuïteitstoets zelfstandig tot vernietiging van een ontslag op staande voet. Vgl. Quist 2007, p. 32: van 100 onderzochte uitspraken is bij 22 expliciet rekening gehouden met persoonlijke omstandigheden (dat wil zeggen dat gekeken is naar de gevolgen van het ontslag). In 9 van die uitspraken was het ontslag op staande voet ongeldig.

44 Disfunctioneren, verstoorde arbeidsrelatie en ziekte (art. 5:1 lid 1 en 5 en art. 5:2 Ontslagbesluit).

45 Bijv. bij het UWV bij de gronden disfunctioneren en verstoorde arbeidsrelatie (Beleidsregels Ontslagtaak, p. 30-3 en p. 33-9). Uiteraard speelt schuld wel een rol bij de ontslaggrond verwijtbaar handelen of nalaten (hoofdstuk 28). De oorzaak van het ziekteverzuim, en daarmee indirect de schuld van de werkgever, speelt een rol bij ontslag wegens veelvuldig ziekteverzuim (hfdst. 31).

46 Factoren die een rol spelen bij een belangenafweging, zoals de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, worden in de Beleidsregels Ontslagtaak niet genoemd bij de persoonsgebonden gronden disfunctioneren, verwijtbaar handelen en langdurige arbeidsongeschiktheid. Bij de toetsing van de redelijkheid van een ontslag wegens een verstoorde arbeidsrelatie en wegens veelvuldig ziekteverzuim wordt wel gewezen op het feit dat daarbij factoren als leeftijd en arbeidsverleden een rol kunnen spelen. Beleidsregels Ontslagtaak p. 29-8 en 31-10.

47 Scholtens 2001, 2: slechts 6 tot 9% van de ontbindingsverzoeken (exclusief pro-formaverzoeken) werd geweigerd in diverse onderzoeken eind jaren negentig. In de gepubliceerde rechtspraak ligt dat percentage hoger, variërend van 17 tot 27, zie ook C.J. Loonstra & P. Kruit, Statistiek ontbindingsvergoedingen 2007: meer van hetzelfde?, AR 2008/26. Von Bergh e.a. 2009, p. 21, rapporteert 17% weigeringen. Zie over de doorgaans summier motivering van toewijzingsverzoeken de bijdrage van R.A.A. Duk in dit nummer p. 17.

van een verzoek.<sup>48</sup> Uit de rechtspraak blijkt dat de geobjectiveerde continuïteits-toets ook een rol speelt. De werkgever kan gevraagd worden passende arbeid aan te bieden of de werknemer te begeleiden bij verbetering bij disfunctioneren.<sup>49</sup> Daarnaast zijn er voorbeelden van het weigeren van persoonsgebonden ontbinding op grond van de staat van dienst of het gevolgencriterium, als uitdrukking van de proportionaliteitstoets.<sup>50</sup> Vermoedelijk zijn dit echter uitzonderingen.

Bij de vraag of er voldoende grond is voor ontslag op persoonsgebonden gronden, is kortom vooral ruimte voor de verwijtbaarheidstoets (bij ontslag op staande voet) en de continuïteitstoets. Dat laatste wordt bij opzegging met gebruikmaking van de BBA-procedure vaker geobjectiveerd dan bij ontbinding. De proportionaliteitstoets lijkt een kleinere rol te spelen bij de vraag of er voldoende grond is voor ontslag.

## 6 Bedrijfseconomisch ontslag

Een bedrijfseconomisch ontslag valt te vergelijken met de opzegging van een duur-overeenkomst voor onbepaalde tijd. Een dergelijke opzegging wordt getoetst aan de redelijkheid en billijkheid, waarbij ruimte bestaat voor het afwegen van de belangen van beide partijen.<sup>51</sup> Gesteld kan worden dat de proportionaliteitstoets bij opzegging van een duurovereenkomst leidend is. Hoe zit dat bij een bedrijfseconomisch arbeidsrechtelijk ontslag? Welke toetsen spelen daarbij een rol?

Bij bedrijfseconomisch ontslag ontbreekt in beginsel de tekortkoming aan de kant van de werknemer. De verwijtbaarheidstoets speelt dus geen rol. De continuïteits-toets daarentegen is prominent aanwezig. Bij het aanvragen van een ontslagvergunning bij het UWV op grond van bedrijfseconomische omstandigheden dient de werkgever de bedrijfseconomische gronden voor het verval van arbeidsplaatsen aannemelijk te maken. Dit kan worden aangemerkt als een bedrijfseconomische continuïteitstoets: zijn er in de toekomst nog voldoende arbeidsplaatsen? Aan de bewijslast worden door het UWV in de praktijk weinig eisen gesteld.<sup>52</sup> De invulling van de toets is derhalve niet sterk geobjectiveerd. Vervolgens moet de werkgever

48 Von Bergh e.a. 2009, p. 21-22; bij 85% van de weigeringen werd onvoldoende ontslaggrond aangenomen, bij 7% was de ontslaggrond onvoldoende bewezen. Uit de voorbeelden blijkt dat het vooral om persoonsgebonden ontslag ging. De overwegingen om tot toekenning van een ontbindingsverzoek over te gaan zijn niet onderzocht.

49 Scholtens 2001, 2 heeft de weigering wegens 'te weinig inspanning/herplaatsing mogelijk' als aparte categorie opgenomen. Loonstra & Kruit (2008) signaleren dat ook kantonrechters lijken te toetsen of verbetertrajecten mogelijk zijn bij disfunctioneren. Von Bergh e.a. 2009, noemen deze grond echter niet als reden voor weigering van het ontbindingsverzoek.

50 Vgl. Scholtens 2001, 2. Bijv. Ktr. Lelystad 17 juli 2002, JAR 2002/194 (slechte arbeidsmarktpositie, hoge hypotheek). Von Bergh e.a. 2009, meldt dat in slechts 5% van de weigeringen een andere grond een rol speelt dan een onvoldoende bewezen of onjuiste ontslaggrond. Een voorbeeld van een overige grond is een belangenafweging.

51 HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (Latour/De Bruijn). Alle omstandigheden kunnen een rol spelen, omstandigheden die zich hebben voorgedaan na het sluiten van de overeenkomst zijn daarbij niet uitgesloten. HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (Kakkenberg/Kakkenberg).

52 Vgl. R.A.A. Duk, Beleidsvrijheid van de werkgever en reorganisatieontslag van de werknemer, in: Houwerzijl & Peters 2009, p. 259-272.



werknemers voor ontslag selecteren op grond van de objectief vast te stellen criteria functie, leeftijd en duur van het dienstverband (artikel 4:2 Ontslagbesluit). Daarna wordt nog bezien of van de werkgever kan worden gevergd de geselecteerde werknemers te herplaatsen,<sup>53</sup> waarmee derhalve toepassing wordt gegeven aan de ge-objectiveerde continuïteitstoets.

De proportionaliteitstoets speelt een minder prominente rol bij bedrijfseconomisch ontslag. De afweging tussen twee grootheden zou bij bedrijfseconomisch ontslag gemaakt moeten worden door aan de kant van de werkgever diens belang bij het vervallen van de arbeidsplaatsen mee te wegen. Dit belang moet hij volgens de Beleidsregels Ontslagtaak wel aannemelijk maken, maar het wordt niet of nauwelijks afgewogen tegen het belang van de betrokken werknemers om hun baan te behouden. Wat de selectie van werknemers betreft, worden immers geen andere omstandigheden of kenmerken van de werknemers betrokken dan leeftijd en duur van het dienstverband. Dit kan worden gezien als een beperkte toepassing van de proportionaliteitstoets, in die zin dat de belangen van oudere werknemers met een langer dienstverband kennelijk zwaar mogen wegen ten opzichte van het bedrijfsbelang, zodat jongeren met een kort dienstverband eerder voor ontslag in aanmerking komen. Slechts in uitzonderlijke gevallen kan van de genoemde selectiecriteria worden afgeweken wegens de zwakke arbeidsmarktpositie van een geselecteerde werknemer.<sup>54</sup> Een verklaring voor deze rigide selectiecriteria kan worden gevonden in het feit dat een bedrijfseconomisch ontslag veelal meerdere werknemers tegelijk treft. Als niet op objectief vast te stellen gronden als leeftijd en anciënniteit geselecteerd zou mogen worden, maar elk geval individueel moet worden beoordeeld, zou het UWV feitelijk de ingrijpendheid van het ontslag voor diverse werknemers tegen elkaar af moeten wegen. Daarvoor ontbreken echter criteria.

Van de ontbinding op bedrijfseconomische gronden op grond van artikel 7:685 BW wordt gezegd dat de toets in grote lijnen dezelfde is als bij het UWV.<sup>55</sup> Dat zou betekenen dat ook de ontbindingsrechter bij bedrijfseconomisch ontslag vooral een continuïteitstoets uitvoert, met categorische uitsluiting van de belangen van de werknemer. De gepubliceerde rechtspraak biedt nauwelijks voorbeelden van een afweging tussen de bedrijfseconomische belangen en de persoonlijke belangen van de werknemer bij de vraag of op bedrijfseconomische gronden kan worden ontbonden.<sup>56</sup>

53 Hfdst. 21 Beleidsregels Ontslagtaak.

54 Art. 4:2 lid 5 Ontslagbesluit en Beleidsregels Ontslagtaak (hfdst. 20).

55 O.a. W.H.N.C. van Beek, Bedrijfseconomisch ontslag via de kantonrechter, AR 2004/44.

56 M.u.v. de toepassing van de selectiecriteria uit het Ontslagbesluit en de reflexwerking van ontslagverboden; vgl. M.W.A.M. van Kempen & L.R. Ridderbroek, Reflexwerking van opzegverboden in de ontbindingsprocedure, AR 2006/10, p. 3-9, en W.H.N.C. van Beek, AR 2004/44. Zie voor een uitzondering Ktr. Middelburg 1 februari 2007, LJN AZ8718 (onvoldoende onderbouwd verzoek; belangen werknemer wegen zwaarder). In het onderzoek van Von Bergh e.a. 2009, werden van de 573 ontbindingszaken slechts 5 met een opzegverbod aangetroffen, waarvan twee (deels) vanwege het opzegverbod werden afgewezen (p. 38).



Bedrijfseconomisch ontslag wordt kortom vooral getoetst aan continuïteit. Proportionaliteit komt voornamelijk op gestandaardiseerde wijze terug. In vergelijking met persoonsgebonden ontslag is er bij de vraag of er voldoende grond is voor ontslag op bedrijfseconomische gronden, derhalve minder ruimte voor het meewegen van individuele omstandigheden van de werknemer. De vraag rijst of er bij het vaststellen van een ontslagvergoeding dan wel ruimte is voor een volledige proportionaliteitstoets.

## 7 Ontslagvergoedingen

Ontslagvergoedingen kunnen, zoals bekend, toegekend worden bij kennelijk onredelijk ontslag en bij ontbinding wegens verandering van omstandigheden. Zoals al eerder is aangestipt, wordt de ratio of grondslag van deze vergoedingen doorgaans opgespoord door bestudering van de parlementaire geschiedenis of de systematiek van de wet op dit punt. In deze bijdrage wordt de ratio echter op een andere manier opgespoord, namelijk door aandacht te besteden aan de rol van gezichtspunten. De gezichtspunten die een rol spelen, worden opgevat als aanwijzing voor de rechtvaardigheidsbeginselen die kennelijk relevant zijn bij de begroting van de vergoeding. De vraag is dus welk gewicht toekomt aan de drie ontslagtoetsen bij het vaststellen van het recht op vergoeding.

### 7.1 Kennelijk onredelijk ontslagvergoeding

Bij kennelijk onredelijk ontslag ligt het zwaartepunt bij de proportionaliteitstoets. Dat geldt zowel voor persoonsgebonden als voor bedrijfseconomisch ontslag. De vraag of een ontslag kennelijk onredelijk was, wordt namelijk meestal beantwoord door toepassing van het gevolgencriterium in artikel 7:681 lid 2 sub b BW: een ontslag is onder andere kennelijk onredelijk wanneer de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging.<sup>57</sup> Besproken is al (in paragraaf 4.2) dat daarbij allerlei bijzondere omstandigheden van de werknemer aan de orde kunnen komen, zoals een relatief zwakke arbeidsmarktpositie of bijzondere financiële of gezinsomstandigheden zoals weinig spaargeld, een hoge hypotheek of alleenstaand ouderschap. Bij bedrijfseconomisch ontslag heeft de Hoge Raad uitgesproken dat indien een vergoeding is ontleend aan een sociaal plan, dit een indicatie vormt dat de vergoeding redelijk is. Bijzondere omstandigheden kunnen echter een afwijking rechtvaardigen op grond van het gevolgencriterium.<sup>58</sup>

57 Van der Grinten 2008, p. 423. Von Bergh e.a. 2009, rapporteren dat in 38% van de kennelijk onredelijk ontslagzaken een vergoeding wordt toegewezen. Veel van de motiveringen hadden te maken met het gevolgencriterium: in 32% van de gevallen had de werkgever de gevolgen van het ontslag moeten verzachten, in 26% had hij hulp moeten bieden bij het zoeken naar ander werk, in 41% was de financiële/arbeitsmarktpositie van de werknemer slecht (p. 43).

58 HR 14 juni 2002, JAR 2002/165 (Bulut/Troost).

De toetsing van verwijtbaarheid van de werknemer speelt een kleinere rol bij kennelijk onredelijk ontslag.<sup>59</sup> De werknemer die op persoonsgebonden gronden ontslagen is vanwege een gerechtvaardigde tekortkoming of vanwege een buiten zijn schuld verstoorde arbeidsrelatie, zal die kans immers eerder wagen dan de verwijtbare werknemer.<sup>60</sup> Voor kennelijk onredelijk ontslag is overigens niet vereist dat de werkgever iets te verwijten valt, al zal dat het persoonsgebonden ontslag wel eerder kennelijk onredelijk maken.<sup>61</sup> Uit de gronden voor weigering van een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag valt dan ook op te maken dat de kans op weigering groot is als de werknemer iets te verwijten viel of als het tekortschieten van de werkgever niet kon worden aangetoond.<sup>62</sup>

De continuïteitstoets kan wel van belang zijn. Ook bij kennelijk onredelijk ontslag wordt namelijk wel getoetst of de werkgever de productiviteit van de werknemer had kunnen herstellen. Dat geldt voor persoonsgebonden ontslag,<sup>63</sup> maar ook voor bedrijfseconomisch ontslag.<sup>64</sup> De werknemer kan anderzijds worden verweten dat hij een hem aangeboden passende andere functie niet heeft aanvaard.<sup>65</sup> Een zwakke arbeidsmarktpositie kan buiten beschouwing worden gelaten als de werknemer niet voldoende heeft meegewerkt aan pogingen tot verbetering daarvan.<sup>66</sup>

Bij de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding wordt kortom vooral getoetst aan proportionaliteit, in het bijzonder het gevolgcriterium. Ook verwijtbaar niet meewerken aan herstel van de productiviteit kan een grondslag vormen voor kennelijke onredelijkheid van het ontslag. Over de vraag hoe de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding precies begroot mag of kan worden, is op het moment van het

59 Ook ontslag van een verwijtbare werknemer kan kennelijk onredelijk zijn (HR 1 december 1978, NJ 1979, 185), maar rechtspraak hierover is schaars, ook al omdat na een geldig ontslag op staande voet het ontslag niet meer kennelijk onredelijk kan zijn (HR 12 februari 1999, JAR 1999/10). Onderzoek naar de gepubliceerde rechtspraak van de afgelopen tien jaar leverde de volgende uitzondering op: Ktr. Den Haag 28 mei 2008, LJN BF2259: onverwijld ontslag op staande voet terecht wegens bedreiging, inhouding gefixeerde schadevergoeding echter onredelijk wegens privésituatie (zorg voor twee zwaar gehandicapte kinderen).

60 Persoonsgebonden kennelijk onredelijk ontslag komt relatief vaak voor bij een gerechtvaardigde tekortkoming zoals langdurige ziekte; vgl. D. de Wolff, Arbeidsongeschiktheid en de opzegging van de arbeidsovereenkomst, AI 2003/5, p. 170-174. Zie voor een verstoorde arbeidsrelatie: Hof Amsterdam 23 maart 2006, JAR 2006/224 (disfunctioneren).

61 HR 1 december 1961, NJ 1962, 78 (De Vries/Lampe). Zie voor verwijtbaarheid werkgever bijv. HR 15 februari 2008, JAR 2008/76 (verwijtbaarheid en langdurige arbeidsongeschiktheid).

62 Von Bergh e.a. 2009, p. 43-44: bijv. 34% afgewezen wegens voldaan aan reïntegratieplicht, 27% wegens tekortschieten onvoldoende aangetoond, 20% wegens niet goed functioneren werknemer, 35% wegens ziekte in risicosfeer werknemer (d.w.z. niet aan werkgever toe te rekenen).

63 Bijv. Ktr. Utrecht 20 april 2005, JAR 2005/145 (zieke werknemer) en Hof Amsterdam 23 maart 2006, JAR 2006/224 (disfunctioneren).

64 Bijv. Ktr. Groningen 27 juli 2005, JAR 2005/196 (onbehoorlijke 'stoelendans', herstel dienstbetrekking).

65 Bijv. HR 30 mei 2008, LJN BC9936 (weigering andere functie). Von Bergh e.a. 2009, rapporteert 14% afwijzing van vergoeding wegens niet meewerken aan vinden andere of passende functie (p. 44).

66 Ktr. Den Haag 30 mei 2007, JAR 2007/170 (aangeboden scholingsmogelijkheden en loopbaanbegeleiding onbenut).

afronden van dit artikel een procedure aanhangig bij de Hoge Raad. Daarin wordt het gebruik van de kantonrechtersformule of varianten daarvan bij de uitleg van artikel 7:681 BW aan de orde gesteld.<sup>67</sup> Er is een weinig opgemerkt verschil tussen het gewicht van de proportionaliteitstoets in artikel 7:681 BW en het gewicht van die toets in de kantonrechtersformule, zoals hierna zal blijken.

## 7.2 Ontbindingsvergoeding

Bij de ontbinding wordt de vaststelling van de vergoeding zoals bekend in hoge mate bepaald door de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters. Daarin wordt de afweging uitgedrukt in de formule A (naar leeftijd gewogen anciënniteit) x B (beloning) x C (correctiefactor). Hoe komen de drie toetsen daarin tot uitdrukking?

De afweging van verwijten over en weer staat centraal bij de C-factor. Uitgangspunt bij een werkgeversverzoek is C=1. Die factor kan lager uitvallen als de ontbindingsgrond 'in de risicosfeer' van de werknemer ligt, en hoger als de ontbindingsgrond 'in de risicosfeer' van de werkgever ligt (Aanbeveling 3.4). Waarschijnlijk ziet het begrip risicosfeer hier op de toerekening van de oorzaak van het feit dat de arbeidsovereenkomst niet meer kan worden voortgezet. Er wordt rekening gehouden met gradaties van verwijtbaarheid bij de toerekening: 'Is er sprake van verwijtbaarheid aan de zijde van één van de partijen dan wel van verwijtbaarheid over en weer, dan wordt de ernst van de verwijten via de C-factor tot uitdrukking gebracht' (Aanbeveling 3.4.3). De verwijtbaarheidstoets wordt dus uitgevoerd, evenals de proportionaliteitstoets voor zover het gaat om de afweging van verwijten en risicosferen over en weer.<sup>68</sup>

Voor de andere proportionaliteitstoetsen, bijvoorbeeld de afweging van de tekortkoming van de werknemer tegen de staat van dienst of de afweging van belangen bij het ontslag, is niet expliciet plaats ingeruimd in de kantonrechtersformule. Elementen die bij de staat van dienst en de belangenafweging relevant kunnen zijn, worden wel gebruikt, namelijk de duur van het dienstverband, de leeftijd en de hoogte van het salaris. Daarmee vinden ruwweg het opgebouwde krediet of de beloning voor 'trouwe dienst', de arbeidsmarktpositie van de werknemer en de financiële gevolgen van het ontslag op gestandaardiseerde wijze uitdrukking. Het staat de rechter uiteraard vrij om een verdergaande proportionaliteitstoets uit te voeren,<sup>69</sup> aangezien Aanbeveling 3.4.4 de mogelijkheid biedt om de C-factor af te stemmen op de bijzondere omstandigheden van het geval. Benoemde omstandigheden betreffen echter slechts de arbeidsmarktpositie van de werknemer<sup>70</sup> en de (slechte) financiële positie van de werkgever. Is er een sociaal plan, dan wordt dat in beginsel als standaard aanvaard, tenzij dit leidt tot evident onbillijke uitkomsten (Aanbeveling 3.7). De rechter wordt derhalve niet aangemoedigd om de proportionaliteits-

67 Zie de conclusie van A-G Spier van 4 september 2009, LJN BJ6596.

68 Ook in de praktijk is dit het geval. Von Bergh e.a. 2009, geeft aan dat in 72% van de zaken waarin een ontbindingsvergoeding werd toegekend, het gedrag van de werknemer een relevante factor was. In 41% was het gedrag van de werkgever relevant (p. 26).

69 Zie in die zin Hof Den Haag 20 januari 2009, LJN BH0254.

70 Zie over het ontbreken hiervan in de Aanbevelingen van voor oktober 2008: Bouwens 2008, p. 30.

toets een belangrijke rol te laten spelen, en in de praktijk lijkt dat ook niet vaak het geval.<sup>71</sup>

Een toets die lijkt op een ‘continuïteitstoets’ wordt in de Aanbevelingen ten slotte niet genoemd. Dat is ook begrijpelijk, omdat die toets zal zijn uitgevoerd bij de vraag of er ontbonden moet worden. Eventuele verwijtbaarheid van de werknemer en de werkgever bij het niet herstellen van de productiviteit van de werknemer kan overigens wel tot uitdrukking komen in de C-factor.

## 8 Disproportionaliteit van vergoedingen

Er is kortom een opmerkelijk verschil tussen de invulling van de proportionaliteitstoets bij de vaststelling van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding en de ontbindingsvergoeding. Bij de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding is de proportionaliteitstoets de belangrijkste toets, en wel op grond van het gevolgcriterium in artikel 7:681 lid 2 sub b BW. Dat biedt veel ruimte om alle individuele omstandigheden en kenmerken van de werknemer en de werkgever mee te wegen. Bij de Aanbevelingen inzake de ontbindingsvergoeding daarentegen spelen de individuele omstandigheden van het geval slechts expliciet een rol bij het beoordelen van de verwijtbaarheid van de werknemer en de werkgever. Een volledige proportionaliteitstoets, met inbegrip van het gevolgcriterium, wordt niet aangemoedigd.

Het gestandaardiseerd meewegen van leeftijd, anciënniteit en salaris zorgt intussen wel voor een significant hogere vergoeding dan bij kennelijk onredelijk ontslag.<sup>72</sup> Met het gebruik van deze factoren wordt vermoedelijk uitdrukking gegeven aan de gedachte dat het ontslag ingrijpender is naarmate men langer in dienst is, ouder is, en een hoger salaris te verliezen heeft. Door deze factoren te standaardiseren, wordt echter geabstraheerd van de daadwerkelijke ingrijpendheid van het ontslag voor de werknemer. Zoals vermeld, worden anderzijds aan de bewijslast van de werkgever voor zijn belang bij het ontslag vermoedelijk meestal ook geen hoge eisen gesteld. Bij ontbinding is derhalve geen sprake van een daadwerkelijke belangenafweging, maar slechts van een abstracte. Dat kan betekenen dat een hoge vergoeding wordt gegeven aan iemand voor wie de ingrijpendheid van het ontslag gering is ten opzichte van het belang van de werkgever bij het ontslag, en andersom. Maatschappelijke klachten over *te hoge* vergoedingen bij ontbinding kunnen in dat opzicht wellicht gelezen worden als klachten over de *disproportionaliteit* van die vergoedingen. Deze klacht kan naar de huidige stand van zaken in ieder geval niet worden weerlegd door te wijzen op een daadwerkelijke proportionaliteitstoets in de Aanbevelingen.

71 Vgl. Von Bergh e.a. 2009: bij het bepalen van de C-factor speelt in 15% van de gevallen de financiële of arbeidsmarktpositie van de werknemer een rol, in 4% diens arbeidsongeschiktheid, en in 6% overige omstandigheden; de omstandigheden van de werkgever spelen in 17% van de gevallen een rol.

72 Vgl. Bouwens 2008, p. 27: €33.000 euro bij ontbinding vs. €8.700 bij opzegging. Von Bergh e.a. 2009 rapporteert een voor leeftijd gecorrigeerde verhouding van 1,56 maandsalaris per dienstjaar bij ontbinding versus 0,8 salaris per dienstjaar bij kennelijk onredelijk ontslag (p. 45).

De klacht over disproportionele vergoedingen kan door voorstanders van de toepassing van dergelijke gestandaardiseerde formules worden weerlegd door te wijzen op de maatschappelijke voordelen van standaardisering van ontslagvergoedingen, zoals rechtszekerheid en ontlasting van de rechterlijke macht.<sup>73</sup> De lasten van disproportionaliteit zijn daaraan inherent. Dat neemt mijns inziens niet weg dat de rechter de plicht heeft zijn beslissingen individueel te motiveren. De rechter die bij de toets aan artikel 7:681 lid 2 sub b BW net zo weinig ruimte neemt voor een concrete belangenafweging als in de kantonrechtersformule, doet dat daarom mijns inziens in strijd met de wet.

## 9 Afsluiting

Het uitvoeren van multidimensionale ontslagtoetsen geschiedt op relatief onvoorspelbare wijze. Soms brengt de rechter tot uitdrukking aan welke gezichtspunten hij heeft getoetst, soms niet, en zelden waarom.<sup>74</sup> Deze toets kan mijns inziens inzichtelijker worden als de rechter het 'afvinken' van gezichtspunten vervangt door het toetsen aan (ten minste) verwijtbaarheid, proportionaliteit en continuïteit. Onder een veelheid aan gezichtspunten bij ontslagbescherming zit namelijk een ratio verborgen die de schijn van eenvoud heeft. Kort gezegd luidt die ratio als volgt. Enerzijds moeten gradaties van verwijtbaarheid bij een tekortkoming relevant zijn voor de bescherming tegen ontslag. Het gewicht van de ontslaggrond moet mede gelet daarop proportioneel zijn aan de ingrijpendheid van het ontslag. Anderzijds moet ontslag desondanks mogelijk zijn als zinvolle voortzetting van de overeenkomst niet haalbaar is. Is dat het geval, dan moet eventuele disproportionaliteit van het ontslag (dan maar) worden uitgedrukt in een vergoeding. Ik wil ter afsluiting niet nalaten om ter ondersteuning van deze ratio van ontslagbescherming te citeren uit de parlementaire geschiedenis van artikel 7:682 BW. Zoals bekend, geeft dit artikel de mogelijkheid een arbeidsovereenkomst die is beëindigd door een kennelijk onredelijk ontslag te herstellen. Dit kan echter worden afgekocht door de werkgever. In de memorie van toelichting wordt de afkoopsom als volgt toegelicht:

'Soms zal (...) herstel voor de partij, die wenst op te zeggen – ook al heeft zij daarvoor objectief geen goede reden – (...) moeilijk te aanvaarden zijn. Wanneer de band tussen werkgever en arbeider dusdanig knellend is geworden, zal men omtrent het geforceerd in stand houden dier dienstbetrekking geen gunstige verwachtingen mogen koesteren. Vandaar dat het ontwerp bepaalt, dat de verplichting tot herplaatsing zich steeds zal kunnen oplossen in een betaling van een geldsom. Dus: het maatschappelijk nadeel, dat aan de ene partij wordt berokkend door het (...) onredelijk ontslag kan niet altijd ongedaan worden gemaakt; maar wel wordt dit nadeel zoveel mogelijk verzacht door een financiële vergoeding.'<sup>75</sup>

73 Vgl. R.A.A. Duk, Kennelijk onredelijk: radeloos, redeloos en reddeloos?, SMA 2008, p. 207.

74 Quist 2007.

75 Kamerstukken II 1947/48, 881, MvT, p. 12; vgl. Bouwens 2008, p. 21.

Gelet op deze ratio van ontslagbescherming, verdient het aanbeveling om voor het vaststellen van een ontslagvergoeding een concrete en geen abstracte proportionaliteitstoets uit te voeren.